

# “中华法系”中的应有之义

马小红\*

**内容提要：**“中华法系”概念产生于20世纪初期比较法研究之中。经过一个多世纪的研究，中国法史学界经历了一个从主张“复兴”到放弃的过程；时至今日社会，即使在法学界，“中华法系”也成了—个陌生的名词。但是，植根于深厚的历史文化土壤中的中华法系的“观念”，却未因中华法系制度的解体而消亡。其实，中华法系中的应有之义展示着不同地区和国家的法在人类社会发展中所具有的一些相同或相通的规律，与现代法治的精神也并非格格不入。比如汉代以来“德主刑辅”的观念、至唐代而臻于完善的律令制度等蕴含着人类社会对“善法”的期望与追求，同时也反映人们对法的现实性的认识。

**关键词：**中华法系 德主刑辅 法治

“中华法系”对于我们来说是一个熟悉而又陌生的名词。熟悉，是因为“中华法系”中所蕴含的法理、古训以及体现出古人智慧的那些法谚，经过数百年，甚至数千年的流传，至今仍为人们所熟知。比如，当人们说到道德与法律的关系时，就会想起古人的“德主刑辅”；在情与法的纠结中，我们也会不自觉地想到古代司法中所强调的“天理、国法、人情”。古代的法谚在人们的日常交谈中，也往往会被今人作为无须证明的“公理”来引用，在讲到犯罪的预防和改造时，人们会说“礼禁于未然之前，法施于已然之后。”对真心悔改的罪犯，人们则会说“浪子回头金不换”。“陌生”则是因为中华法系是与古代农耕社会文明相匹配的法律体系，早在百余年前，在中国近代社会的剧变中，它就成为一个已经解体并过去了的“法系”。中华法系的解体有其必然性，因为它与近代社会的文明有着不协调之处。中华法系的解体，也有着特殊性，因为它的解体，主要源于西方殖民扩张的压力，而不是自身社会发展的内部需求，在这样一种被迫的、“外源式”的法律变革中，中华法系成为批判的靶子和反省的对象。一百余年，在对中国传统法律的批判与反省中，我们与“中华法系”渐行渐远。殊不知中华法系中所凝聚的一些古人的智慧，对于现代，尤其是对于现代中国的法律发展来说，是至关重要的。

### 一、研究“法系”与“中华法系”的目的，在于寻找不同国家和地区法律发展的特殊规律和共同规律，并为现实法律的发展注入先人的智慧和传统的力量

“法系”是在近代比较法研究中出现的概念。由于学界划分法系的标准不尽相同，所以古往今

来，世界究竟有多少“法系”的论断也不尽相同。我们可以确定的是，20世纪初，“法系”之说已经盛行于中国，1904年梁启超作《中国法理学发达史论》言：“近世法学者称世界四法系，而吾国与居一焉。”<sup>1</sup>而在诸种法系的划分中，中国学界的共识是“五大法系”之说。1937年中国法律史学家杨鸿烈在《中国法律在东亚诸国之影响》一书中对当时学界“法系”划分的研究作了介绍，<sup>2</sup>综合比较各种观点，杨鸿烈取“五大法系”之说，即印度法系、中国法系、回回（伊斯兰）法系、英国法系、罗马法系。<sup>3</sup>杨鸿烈没有更详细地说明取“五大法系”之说的原因，但五大法系的划分在中国法史学界自此便成为不刊之论。中国学界普遍接受“五大法系”之说的原因，我认为应该有两点：一是这种划分清晰地表明：

“凡属于具有某种共性或传统的法律就构成一个法系。”<sup>4</sup>二是法系同时还必须具有“清晰、完备、系统、连续的法律思想和法律方法体系。”<sup>5</sup>这两个标准应该是中国学界对“法系”划分的共识。

值得注意的是，“中华法系”是比较法研究中出现的概念，所以它带有比较法研究的烙印，即以分析、归纳当时尚处在“古代”时期的中国法的特征为对象。因此，对“中华法系”的描述，不同的研究者有着不同的论述，而不同的时期的研究也会有不同的认识。就中国学界而言，20世纪之初，梁启超时代的研究，显然是以西方法为标准的，中华法系被视为“私法部分全付阙如”的“诸法樊然殽乱之国”的产物。<sup>6</sup>而清末修律，早已选择了或英美、或德法的模式而解体了中华法系。时至30年代左右，尽管中华法系已经解体，但仍有一些学者或基于传统文化自信的惯性，或基于“法律发达的非创造的”之原理，或基于—

\* 中国人民大学法学院教授。

1 《饮冰室合集》，（第2册），中华书局1989年版。

2 参见杨鸿烈：《中国法律在东亚诸国之影响》之《全书提要》，中国政法大学出版社1999年版，第1—2页。

3 参见杨鸿烈：《中国法律在东亚诸国之影响》之《全书提要》，中国政法大学出版社1999年版，第2页。

4 沈宗灵主编：《法理学》（第二版），北京大学出版社2003年版，第130页。

5 参见倪正茂：《比较法学探析》，中国法制出版社2006年版，第156—158页。

6 参见梁启超：《中国法理学发达史论》、《论中国成文法编制之沿革得失》，载《饮冰室合集》（第2册），中华书局1989年版。

地区法律必与其文化相辅相成的规律而力图修复中华法系,使其能与时俱进。1930年,杨鸿烈作《中国法律发达史》对清末修律大臣沈家本的评价是“深入了解中国法系且明白欧美日本法律的一个近代大法家,中国法系全在他手里承先启后,并且又是媒介东西方几大法系成为眷属的冰人。”<sup>7</sup>在其1937年所著的《中国法律在东亚诸国之影响》中,杨鸿烈更是认为中华法系“发生最早”,“传播最广”,“有其不可磨灭之价值存在”。<sup>8</sup>修复中华法系,“取其优点而寄予新的使命”(陈顾远语)的观点,在当时的学界并不孤立。高维廉发表于《法学季刊》(1926年第2卷第8期)的《建设一个中国法系》、王汝琪发表于《复兴月刊》(1933年第1卷第10期)的《中华法系之复兴》、陈顾远发表于《中华法学杂志》(1936年第1卷第3号、1937年第1卷第7号、第1卷第9号)的《儒家法学与中国固有法系之关系》、《家族制度与中国固有法系之关系》、《天道观念与中国固有法系之关系》等无不赞同复兴中国法系。终于在1946年,居正就借助并改造中国古代“家族本位”的法,直接缔造“社会本位”的法,以摆脱个人本位及国家本位之缺陷而作出了详细的阐述,明确提出复兴中国法系的主张。<sup>9</sup>

然而,随着全球化浪潮的发展,五大法系中的印度法系、伊斯兰法系、中华法系淡出,成为历史。法系的划分又有了更新,以罗马法传统为基础的民法法系(大陆法系)与以英国普通法为基础的普通法法系(英美法系)风靡世界。自20世纪50年代后,“复兴中华法系”的观点被学界修正,即“应保留中国固有法系的真值,却也不能讳疾忌医。”<sup>10</sup>陈顾远的一段话道出“复兴

中华法系”主张之改变的原委:“国人曾在抗战前,提倡建立中国本位新法系,拟将固有法系之不符合时代成为僵石者去之,将其仍有价值而得适用者保留之,发扬之,广大之。微论法系观念已有改变,欲恢复固有法系之全盛地位殊不可能。且在事实上欧美法律体系已成天之骄子,我国清末变法随同之。无论在学说上,在政策上,在条文上大部分仍未此种势力所笼罩,不得自拔,能否断然建立中国本位法系尤有困难。”<sup>11</sup>非常难能可贵的是,在改革开放之初,大陆学界也有学者对以往对中华法系的过度批判提出质疑,并认为中华法系中有着诸多可资利用的传统资源。1980年《法学研究》第1期发表陈朝壁文章《中华法系特点初探》,作者提出“广义的中华法系显应包括三个历史阶段中本质不同的中国法制——历三千年之久的封建法制,近代史上昙花一现的半封建法制,后来居上的社会主义法制。”这一观点在于强调法的继承性,强调被“文化大革命”过度批判的传统法在现实中经过改造仍有存在的价值。但是,作者欲将中国现实法律冠以“中华法系”之名称,显然与现实过于脱节。所以这一观点虽难能可贵,但并未被学界广泛接受。在接下来的研究中,“复兴中华法系”的主张,渐渐被中华法系的断代、表现形式、内容、特点等一些具体的学术问题所取代。比如,中华法系究竟是指三代以来的中国古代法,还是指汉以来形成的“儒家思想、法家制度”的古代中央集权制时期的法?中华法系终结于何时,清末的修律是否可以视为中华法系的终结?中华法系究竟是以儒家为皈依,还是以法家为灵魂?等等。这些问题的研究相对于20世纪前半叶其他法律问题的研

7 杨鸿烈:《中国法律发达史论》(下),上海书店据商务印书馆1930年版影印,第872页。

8 参见杨鸿烈:《中国法律在东亚诸国之影响》之《全书提要》,中国政法大学出版社1999年版,第2页。

9 参见居正:《为什么要复兴中国法系》,载《居正文集》,华中师范大学出版社1989年版。此文最早刊发于1944年《中华法学杂志》,第3卷第1期,大东书局1946年初版。

10 陈顾远:《中国固有法系与中国文化》,载《中国文化与中国法系——陈顾远法律史论集》,中国政法大学出版社2006年版,第37页。该文写于1952年。

11 陈顾远:《中华法系之回顾及其前瞻》,载《中国文化与中国法系——陈顾远法律史论集》,中国政法大学出版社2006年版,第549—550页。该文写于1966年。

究来说,更加学术化,也更加有助于人们客观地认识和理解中华法系。

通过梳理有关“中华法系”研究的论点,笔者认为学界有关“中华法系”的定义大致可以归纳为四方面。第一,“中华法系”是近代比较法研究中提出的概念,它以中国古代法律为主要研究范围,同时也包括受其影响的东、南亚地区的古代法律。就地域而言,中华法系以中国为主,但又限于中国。第二,就时代而言,中华法系形成于基于法家理论的秦法制在汉代儒家化时期,终结于清末的变法修律。汉以前的历史,可以视为中华法系的奠基时期。第三,中华法系的主要特点在于以汉代形成的“纲常名教”为法的核心价值(也就是近人所言的“德主刑辅”),以法律制度的儒家化为法的目的,以礼、律、令、例等为法的表现形式,以社会道德、习俗、常识为法之善恶的综合评价标准。第四,尽管中华法系就整体而言已经不复存在,其在未来也难以预测有复兴的前景,但是谁也不会否认中华法系在古代是一个堪与任何其他法系相媲美的法系,而且其对现实法律发展有着巨大的影响。

郝铁川在《中华法系研究》的绪论中强调,关于中华法系的研究已经处在“精耕细作”的阶段,融儒、道、法三家为一体的中华法系的价值观仍“活”在现实中,作用是“好、坏并存”。<sup>12</sup>而有些学者更为注意中华法系对现实的积极影响,比如刘广安认为“运用中华法系的概念,认识当代中国法制的特点。在我看来,不是为了重建中国本位新法系,也不是为了复兴旧的中华法系,而是为了应对全球化时代的到来,贡献中华法系有生命力的元素,贡献中华民族有特色的文化元素。”<sup>13</sup>笔者对这些学术观点深为认同,因为一百年前,正是基于对中华法系消极性的认识,甚至是有些矫枉过正的认识,才加速解体了中华法系。现实

中,如果中华法系的负面影响至今犹在,那也多是今人的责任。而当前我们研究中华法系的主要目的,应该是寻找不同地区法系发展的共同规律及合理的特殊性,并为现实法律的发展注入先人的智慧和传统的力量。也就是说,寻找中华法系中的“应有”之意较之于批判更具有意义。

## 二、中华法系与其他法系对“法”的一些相同阐释,如善法的观念、对制度完备的要求,证明中华法系中蕴含着法所具有的人类社会所追求的法的永恒价值

中西方对“法”的最为原始的认识,反映了一个共同的价值观,即法律与正义的不可分割。尽管由于历史发展阶段的限制,法在起源时,人们将“正义”的希望,普遍寄托在了“神明”的身上。

中国古文中的“灋(法)”字,有这样几层含义。三点水的“水”字旁表示“平之如水”。右部上的“廌”,传说是黄帝时代法官皋陶身边的神兽,独角,善于裁断曲直,在法庭上,廌的独角触向谁,谁就是“不直”或“理曲”者,表示神明的公正。右部下的“去”,表示以廌能够“去不直”,维护正义。东汉文字学家许慎认为,法最初起源时便有着向神明祈求正义、公正之意。在此后漫长的历史发展中,尽管法的“神性”日益淡化,但法所追求的公平正义的理念却不曾消失。这种对法公正性的不懈追求表现在许慎之后不同时代的人们对法的阐释中。<sup>14</sup>

无独有偶,距今已有两千多年的古罗马时期的正义女神像,表达了罗马人对法寄予了与中国人的同样的期望。女神一手持天平、一手持宝剑,紧闭双眼或者在眼睛上蒙着布条。天平比喻裁量公平;剑表示制裁严厉,决不姑息,紧闭双眼或双眼蒙上布条,表示“用心灵观察”。欧洲中世纪文艺复兴时代,在古希腊、罗马艺术复活的同

12 参见郝铁川:《中华法系研究》,复旦大学出版社1997年版。

13 刘广安:《中华法系生命力的重新认识》,载《政法论坛》2011年第2期。

14 参见[汉]许慎撰,[清]段玉裁注:《说文解字注》,上海古籍出版社1981年版。

时，女神的造像开始出现在各个城市的法院中。女神仍然沿用古罗马时期的造型，造像的背面刻着古罗马的法谚：“为实现正义，哪怕天崩地裂。”<sup>15</sup>

将实现“正义”的理想，由神明转向制度，也是不同国家和地区的法律在发展中所走过的共同道路。而且，这时期的法都是“诸法合体”的。距今大约已有4000年历史、古代两河流域楔形文字法中最具代表性的《汉穆拉比法典》，是迄今完整保留下来的世界最早的一部法典。这是古巴比伦王国第六代国王汉穆拉比颁布的，法典由序言、本文和结语三部分组成，约占全文五分之一篇幅的序言和结语是对汉穆拉比王的赞美，法典以神的名义规定了人们日常生活中必须遵守的规则，诸如商品交换、奴隶买卖、婚姻、家庭、财产、犯罪等。<sup>16</sup>被西方学者赞誉为“罗马人民天才的最高体现”、公布于公元前450年的古罗马共和时代的《十二铜表法》也是“诸法合体”的。“铜表法”中的一些原则和精神穿越了历史，至今仍发挥着作用，一些“法言法语”不仅为近代西方法律所继承，而且随着近代西方殖民风潮而走向世界，是近代法治最为重要，也最为直接的制度渊源。但若与现代相比，“诸法合体”仍是它的特色。<sup>17</sup>

同世界其他地区和国家法文明的发展一样，中国古代的法在商代已经有了确证，甲骨文与《尚书》“惟殷先人有典有册”的记载，证明了商代已经有了较为完备的制度。而周人的典章制度得到了孔子“郁郁乎文哉”的赞叹。可见这一时期中国法律制度的发达，与世界其他国家和地区相比，并不逊色。1975年在陕西岐山，也就是中国人推崇的“周”的发祥地，出土了37件西周中晚期的青铜器，这些器物产生的年代，至今已约

有三千多年的历史。其中的一件名为“倨匱”的器物铭文，是研究这一时期法律格外珍贵的资料。这是一件由名字叫作“倨”的贵族铸造的青铜器，在器物上刻有157个铭文，记载了当时一起处罚“诬告”或“违背誓言”的判决。它生动地再现了西周时期司法审判的程序、场景，告诉人们中国上古时期的审判是“有法可依”的。铭文记载，“法庭”上除“两造”即被告与原告外，还有“主审官”一人，陪审员四人。名叫伯扬父的主审官在“法庭”上对“违背誓言”的被告牧牛作了宣判：“牧牛，过去你任职的时候，竟敢和你的长官争讼，违背了自己曾经立下的誓言。判你鞭刑和罚鍰（交纳铜，以作赎金），今天你必须再立信誓。现在，被你诬告的长官倨与其他陪审官员都在场，只有当他们重新相信了你的誓言，你只有恪守自己的誓言，才能重新去任职。”<sup>18</sup>这件只有157个字，被誉为“中国历史上第一件判决书”的青铜铭文，向我们透露出西周时期中国法律多方面的信息。第一，它与上古文献的记载相吻合，反映了西周社会浓厚的礼治观念，礼治所提倡的道德，即后人总结出的仁义礼智信或忠孝节义等对于一个人来说是何等的重要。违背了它，不仅要丢官罢职，而且是违背了做人的基本准则，也违背了当时的法律。被告牧牛“违背誓言”，不忠不义，所以就被判作“出礼而入于刑”了。第二，它体现了西周时期“明德慎罚”及教罚结合、以教为主的为政特征。判决对于违背了誓言的牧牛留下了一条“改过自新”之路，再次给了他做官的机会。它反映西周礼治下“教”与“罚”及“宽严相济”的双重法律预防与惩罚体系。第三，其记载的完整的审判过程与后人追记在《周礼》中的一些制度相吻合。比如在审判时，“两造”，即原告与

15 参见余定宇：《寻找法律的印迹——从古埃及到美利坚》，法律出版社2004年版，第45—49页。

16 参见林芝纯主编：《世界通史资料选编·上古部分》，商务印书馆1964年版，第57—93页。

17 参见林芝纯主编：《世界通史资料选编·上古部分》，商务印书馆1964年版，第331—346页。表一，审判引言、审判条例；表二，审判条例序；表三，债务法；表四，父权法；表五，监护法；表六，获得物，占有权法；表七，土地所有权法；表八，伤害法；表九，公共法；表十，神圣法；表十一，补充条例（一）；表十二，补充条例（二）。

18 参见刘海年：《倨匱研究》，载马小红主编：《中国法制史考证甲编》（第一卷），中国社会科学出版社2003年版。

被告必须到庭；有主审官一人，陪审员四人共同审理；判决，当时人称之为“谏”者，在上报获准后，必须当庭宣布。这种程序严密的审判过程，标志着当时中国古代法的发达。

成文法的出现，是法律发展史上的里程碑，由习惯法进入“法典”时代，也是不同法律文明发展中的共同经历。公元前621年，雅典的执政官德拉古将不成文的雅典法律写成明文，公之于众。西方史学家说，他的法典正像大多数古代法典一样，很严厉。但是法律的公开使民众知道了这些法律是什么，所以它毕竟向法所主张的“公正”、“正义”迈进了一步。而在距今二千五百多年前，即公元前536年的中国，杰出的政治家子产也将“刑书”铸于象征着权威的鼎上，公之于众。当时的贵族惊呼：这种一视同仁的做法，将会导致民众据法为一己私利而争斗不息，所谓“民知争端矣，将弃礼而争于书，锥刀之末，将尽争之。”<sup>19</sup>我们通常以为“权利”在中国古代法中“缺位”，而载于史册中的春秋贵族们的惊呼，足可以消除今人的这种误解。它说明法律的发展是各方利益博弈的结果，公正从来就是相对的，法律正是在这种博弈中不断地接近公正。

如英国启蒙法学家梅因所言：“当原始法律一经制成‘法典’，所谓法律自发的的发展，便告终止。”<sup>20</sup>法典时代伊始，中西社会几乎同时进入了思想发展的巅峰时代，公元前五六百年到公元前二百年间，在世界不同的文明地域中，大思想家辈出。欧洲苏格拉底、柏拉图、亚里士多德，中国的老子、孔子、商鞅，无不在人类思想发展史上占有不可替代的地位。先哲们的思想有着相通，甚至是相同之处。先秦的儒家，孔子、孟子主张的“仁者宜在高位”的人治思想与西方柏拉图提出的“哲学王”统治并无二致。在孔子与柏拉图的理想国中，权力是与人的品德、智慧、才

能甚至身体的健壮完美相联系的。对消除社会不公与犯罪，柏拉图与孔子的治理方案也似乎雷同。从亚里士多德对苏格拉底、柏拉图的批评中，我们知道苏格拉底、柏拉图主张财产“公有”，希望城邦建立“划一”的政治制度。<sup>21</sup>在阅读西方先哲们的“理想国”时，我们不自觉地就会想到《礼记》托孔子之言所描绘的“大同之世”，甚至能具体地想到今天中国妇孺皆知的孔子名言“天下物不患寡而患不均”及孟子天下“定于一”的主张。柏拉图的“理想国”与孔子的“大同”充满了“哲学王”与“圣君”的奉献，充满了人性之“善”。因为相信“善”，所以无论是理想国，还是大同世界，所重视的都是教育，是人们心灵的净化。在“人治”思潮过后，中西思想家同时将注意力转向了制度，尤其是法律制度的健全。许多学者认为中国是一个缺乏法治传统的国家，制度匮乏，权力缺乏制约。其实，中国法家对制度和法制的的需求一点也不亚于当时的西方。法家的“制度之治”在形式上与西方的“法治”多有相同之处，比如强调制度的完善，强调“以法为本”。更为难能可贵的是，法家认为制度或法一旦确定，就必须遵守。当然，我们不否认法家之法在本质上与西方以“贵族民主制”为基础，强调“众人之治”的法治并不相同，但法家强调以体现“公”心的制度进行权力的配置，君主要治理好国家就必须受到制度的制约，这一点与西方思想家却并无二致。

与西方法治不同的是，儒家与法家是分别从“自我制约”和“制度制约”不同的方面论述法之要义的。而《理想国》中译本的专家这样概括柏拉图的政治生涯：“第一阶段是壮志雄心的幻灭时期。第二阶段困心衡虑，久而弥坚，相信哲学家确能兼为政治家，确能治理世界。其代表作《理想国》，不仅是哲学家的宣言书，而且是哲

19 《左传·昭公六年》。

20 [英]梅因：《古代法》（中译本），沈景一译，商务印书馆1984年版，第13页。

21 参见[古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1996年版，第44—61页。

人政治家所写的治国计划纲要。第三阶段柏拉图垂垂老矣。事与愿违，不得已舍正义而思刑赏，弃德化而谈法治，乃撰《法律篇》。”<sup>22</sup>而儒家并未像柏拉图那样改变对人性期望的初衷，在从传统道德方面强调君主的自我约束，与西法“众人之治”又颇有些相通之处。他们以“水能载舟亦能覆舟”的道理告诫统治者治国“民为贵，社稷次之，君为轻。”<sup>23</sup>孟子甚至认为，民众有“诛放暴君”的权力。当有人问孟子，周武王伐纣，是否是以下犯上的“弑君”之举。孟子答曰：“贼人者谓之残，贼义者谓之贼，残贼之人谓之夫，闻诛一夫纣矣。”<sup>24</sup>只要是独夫民贼，人人得而诛之。法家对制度的强调与柏拉图政治生涯的第三个阶段，即著《法律篇》时的心境也有些类似——“舍正义而思刑赏，弃德化而谈法治。”而实践了法家理论的秦并没有使法家成为空谈，在法家思想指导下建立起的法律制度，严密而残酷，用秦始皇自己的话说是“诸事皆有法式”。他自信这套即使“三皇五帝”功绩相加也不及的制度，能够“传至万世”。<sup>25</sup>在战国七雄的征战中，秦国正是依仗着这套制度而“富国强兵”，最终统一天下的。

我们习惯用“博大精深”来形容中华法系，因为中华法系是一个具有融合力的法系。即使在汉以后儒家思想成为主流思想，法律开始儒家化，但注重制度的传统在中国古代也未削弱。学界常将《唐律疏议》作为中华法系的典型。确实，如果读过《唐律疏议》，人们便再也不会对中华法系的“制度”完备产生怀疑。关于《唐律疏议》的研究论著甚多，本文不再赘述。仅从当时参与立法的人员身份来看，我们也有足够的理由对唐律，对中国古代法律，对中国的制度传统抱持应有的自信。参加《唐律》及《疏议》修订的人主要有三部分：一是朝中德高望重的重臣，二是司

法经验丰富的刑部、大理寺以及地方长官，三是精通经学与律学的专家。这项工作的总主持，是唐初著名的宰相长孙无忌。在《进律疏表》中，这位政治经验丰富的宰相对历朝历代的律法进行了总结，他告诫统治者，法与王朝的兴衰存亡息息相关：“轻重失序，则系之于存亡；宽猛乖方，则阶之以得丧。”轻重如何适中，宽猛怎样相济，长孙无忌们的答案是将儒家的“仁德”与“礼义”植根于简约却完备的法中。

综上所述，法产生于不同的文明中，有着共同的价值追求，经历了大致相同的发展阶段，从诉诸神明到寄望于公开的制度，无论现实如何，法的公正价值观总是放之四海而皆有的。

### 三、“德主刑辅”是学界公认的中华法系的重要特征，这一特征表现了产生于农耕社会的中华法系对道德的追求，以及对伦理秩序的重视

作为人类社会进步发展的标志，法不约而同地产生于不同的文明之中，有着一些相同的价值观、表现形式和发展规律。但是，不同地区和国家的法也必定带有自身的特色。“德主刑辅”是学界公认的中华法系的重要特征。但是，学界对德主刑辅的解读却莫衷一是。有人认为这是中国古代轻法重礼的表现，也有人认为这说明中国古代社会的法就是“刑”，而刑不过是维护德的工具。

笔者并未查阅到“德主刑辅”的最先出处，但基本可以肯定：这并非是古人的原话，而是近人对中国古代法律的一种解读。它源自董仲舒《春秋繁露》以阴阳变化之道阐述统治者应遵循的治国之道。自然界之“阳”，哺育万物；而“阴”助阳以消除衰败，使万物生生不息。自然之道之所以能行之长久，全在于阴阳的相辅相成。将自然规律用于解释君主治理国家的原则，董仲舒认为以“生”为主的阳，对应的是“德”，所谓“大

22 [古希腊]柏拉图：《理想国》，郭斌和、张竹明译，商务印书馆2002年版，“译者引言”，第4页。

23 《孟子·尽心》。

24 《孟子·梁惠王》。

25 参见《史记·秦始皇纪》。

德曰生”；而以“消”为主的阴，对应的是“刑”。德以教化万民，使之向善，并体现君主“好生之德”的仁义之心；刑则以禁邪除恶为主。董仲舒认为圣君明主治国，理当顺应自然之道。董仲舒的学说是汉新儒学的基础，汉武帝时成为王朝的主导思想，近人据此归纳为中国古代的法律主导思想为“德主刑辅”。

但应该全面理解的是，董仲舒的《春秋繁露》并不是一部法学著作，在论述阴阳消长与人类社会，甚至个人修为等方面，更偏向于哲学的论述。尽管用“德主刑辅”来归纳《春秋繁露》中所表述的中华法系的特点并无大的瑕疵，但重要的是对于“德”的理解必须全面。“德”在儒家思想体系中，是一种统治的方法，但更是一种价值观的体现。与德涵盖的内容相比，仅仅就法的范围而言，刑也远远不能与之相称。如果说“德”是一种法的追求，而刑不过是一种维护这种价值观的极端手段。它只是法的外在表现形式的一部分，而且是中国古人并不主张多用的那一部分。维护并体现“德”的，更为重要的制度或方法是“礼”而不是刑。

如果对“德”进行这样的理解，我们也就理解了中华法系的“应有”之义，即中华法系所强调的“德”，是人生与人类社会所应追求的价值所在，也是中华法系的精神之所系。

### 1. “明德慎罚”

对德主刑辅的追溯，不能不说到三千多年前的政治家周公。至今在中国周公也是家喻户晓的人物。周武王去世后，周公辅佐年幼的侄儿周成王治理国家。“周公摄政”留给后人最为丰厚的政治文化遗产是“制礼作乐”，而其提出的“明德慎罚”则是中华法系中德主刑辅之特色的发端。

“礼治”是自梁启超后，近人概括儒家思想时经常用的一个核心词，而儒家礼治思想正是周公为政经验的总结。“德”在周公所制之礼中占有突出的地位，可以说，礼就是德的外在体现。

《左传》记臧文仲说：“周公制《周礼》曰：‘则以观德，德以处事，事以度功，功以食民。’”<sup>26</sup>此处的“则”指礼的规则，即礼制、礼仪。制礼的目的在于表现“德”。礼的内在精神为“德”，外在规定为“则”。则与德的关系实为“礼制”与“礼义”的关系。如果这用现实社会强调的法治来比拟，就是“法的制度”与“法的精神”之间的关系。在《尚书》记载周公的诰命中，几乎每一篇都谈到了“德”的意义和作用。其中《康诰》一篇，短短数百字，“德”字出现了五六次。如“明德慎罚”、“若德裕乃身”（用美德修养自身）、“乃非德用义”（不行德政则应予严惩）、“我时其惟殷先哲王德”（我常常想到殷人圣明的祖先的德政），“丕则敏德，用康乃心，顾乃德，远乃猷，裕乃以。”（用德政去治理，安定民心……）由此可见，“德”在周公为政思想中的突出地位。德是礼制的宗旨，是西周政权合法性的基础。周公认为“天命”不是凭空而降的，也不是永恒不变的，在《君奭》中，周公更直白地表示赞同召公的观点，即认为“天不可信”，要保住周人的江山，只有遵循并弘扬文王的美德。在《多士》、《多方》中，周公将殷人笃信的“上天”或“帝”描绘成“惟德是辅”的公正之神，告诫殷人及一些不服周人统治的方国：“天命”是随“德”而转移的。有德者有天命：“惟天不畀不明其德，凡四方小大邦丧，罔非有辞于罚。”<sup>27</sup>王权来自天命，而天命只降临给有德之人，“德”连接了天命与王权。而在治理国家的方法上，德是以教化为主的。也可以说，教化是德的一种体现，是统治者必须常用不懈的方法。

《康诰》与《多方》记载，周公告诫诸侯治国，应该努力做到“明德慎罚”。此处的“德”便是内涵丰富的德，它包括周人统治合法性资格的获得、统治者（贵族）“保民”品行的培养，以及“以理服人”、“以身作则”的治国方式。而对于“罚”，

26 《左传·文公十八年》。

27 《尚书·多士》。



周公强调一个“慎”字，意在提醒“刑”的负作用。因为刑是一柄“双刃剑”，可以除恶安良，却也可能伤及无辜，激化社会矛盾。几乎在每篇诰命中，周公都告诫诸侯要“敬刑”，并不厌其烦地阐述用刑的原则、方法和条件。以致有人误认为周公治国偏重刑罚的作用，如徐道邻说：“读《尚书·大诰》、《多士》、《多方》、《康诰》、《酒诰》诸篇，更觉周人开国气象中，肃杀之威，多于宽厚之德。”<sup>28</sup>“(周)用严刑峻罚来部勒全民。”<sup>28</sup>其实，若全面了解周公对“刑”之作用的战战兢兢之心，便会理解周公为什么言政几乎必言“刑”的苦衷了。其实从周公“慎刑”开始，“刑”在人们的观念中就已经成为“不得已而用之”的手段了。这一思想经过战国儒家的总结和汉儒的继承发扬，终成中华法系的重要特色。

## 2. 王霸兼用

“王霸兼用”是德主刑辅的政治基础。其根源于中国人对“人性”的全面认识。

如前所述，春秋战国时期中国的先哲与古希腊的哲学家们一样，也在探讨最公正、最优良的治国之道。问题在于，随后的发展，中西文化的主流开始分道扬镳。在柏拉图反思人治而作《法律篇》时，中国的圣人孔子却老而弥坚，不改初衷。他坚持认为“善人为邦百年，亦可以胜残去杀。”<sup>29</sup>柏拉图之后的亚里士多德，基于对“人性恶”的认识，对“哲学王”的统治不仅不抱有希望，而且了无兴趣。在《政治学》中，亚里士多德说：“实际上，所有这些罪恶都是导源于人类的罪恶本性，即使实行公产制度也无法为之补救。”<sup>30</sup>有些人认为君主制的统治比较适合城邦，圣明的君主没

有德才兼备的子孙可以传位时，君主可以传贤。而亚里士多德则说：“主张君主政体的人将起而辩护说：老王虽有传位于子嗣的法权，（但）他可以不让庸儿继承。但很难保证王室真会这样行事；传贤而不私其子的善德是不易做到的，我就不敢对人类的本性提出过奢的要求。”<sup>31</sup>在“研究了一百五十多个希腊国家的政制”<sup>32</sup>后，亚里士多德得出了结论，即由贵族集团或一部分人共同参与政治的共和民主“政体”与只依靠君主一人智虑的君主政体相比，共和政体更为可靠，也更为公正。而平等的人平等地参与政治的方法则是“法治”：“依此见解所得的结论，名位便应该轮番，同等的人交互做统治者也做被统治者，这才合乎正义。可是，这样的结论就是主张以法律为治了；建立[轮番]制度就是法律。那么，法治应当优于一人之治。遵循这种法治的主张，这里还须辨明，即使有时国政仍须依仗某些人的智虑（人治），这总得限制这些人们只能在应用法律上运用其智虑。”<sup>33</sup>亚里士多德对人治的否定，实际上是对人性恶的不信任。

与西方不同，先秦儒家对人性，同时也对贤人始终寄予了希望。所以，先秦儒家的理想始终是一个充满温情的、以教化为主的“礼治”社会。儒家的创始者孔子对人性的善恶并无明确的论断，他认为人性原本相近，是后天的教化与环境不同，使人性在发展中产生了差异，即所谓的“性相近也，习相远也”。<sup>34</sup>但孔子同时还认为“苟志于仁矣，无恶也。”<sup>35</sup>表现了一定程度的性善主张。孔子之后，亚圣孟子明确提出了“人性善”的观点。孟子认为，无论什么人，若突然

28 徐道邻：《中国法制史论集》，志文出版社1975年版，第21页，引萧公权、沈伯刚文。

29 《论语·子路》。

30 [古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1996年版，第56页。

31 [古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1996年版，第166页。

32 参见[古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1996年版，中文版译者吴恩裕前言：“论亚里士多德的《政治学》。”

33 [古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1996年版，第167—168页。

34 《论语·阳货》。

35 《论语·里仁》。

间看到一位孩童将跌落井中，都会“怵惕惻隐”。这种不自觉地唯恐孩童受到伤害的心情，便是“不忍人之心”。从“不忍人之心”出发，人类社会所具有的“惻隐之心”为“仁之端”；“羞恶之心”为“义之端”；“辞让之心”为“礼之端”；“是非之心”为“智之端”。<sup>36</sup>源于“不忍人之心”的仁、义、礼、智四种美德是人之所以为人的根本所在。由于倾向于或确认“人性善”，孔子与孟子都将拯救时弊的希望寄托在了人性的恢复上。为此，孔子谆谆告诫弟子：“入则孝，出则悌，谨而信，泛爱众而亲仁。”<sup>37</sup>孟子也告诫世人：“事孰为大？事亲为大。”<sup>38</sup>由于相信人性，儒家始终将天下治理的希望寄托在通过教育使人保持良知并提高素质上。

至此，我们不能不说到先秦的荀子与法家。在对人性的认识上，荀子、法家与西方亚里士多德有相同之处，即认为“人性恶”或“人之性，趋利以避害。”荀子与韩非子同是“人性恶”论者，但在如何对待“人性”的问题上却不尽相同。荀子认为人性通过教化是可以得到改造的。人们在自省自律中可以抑制人性的膨胀，披上善良的伪装，这就是“化性起伪”<sup>39</sup>。即改造恶劣的人性，弘扬后天“人为”的伪装。而法家，尤其是韩非子，对人性的改造并不抱有希望。他们不仅嘲讽孔孟的道德说教，而且也不相信荀子的“化性起伪”。韩非子警告那些欲以礼教治国的统治者：“严家无悍孥，而慈母有败子。”<sup>40</sup>虽然对人性的改造不抱有希望，但是法家对国家的治理并不失望，因为“人性有好恶，故民可治也。”<sup>41</sup>法家强调国家、君主应顺应人性而设立制度，利用人趋利

避害的本性，用刑赏建立起国家的秩序。法家的治国主张，就形式而言，与亚里士多德的法治有着形似之处，即强调制度（法治），但是实质上有着根本的不同。法家对制度的强调，目的在于“利用”而不是“扼制”人性。

儒家与法家对人性不同的看法，导致了两者对法不同主张。儒家的贤人政治，更注重效法先王，“以理服人”，被称之为“王道”。而法家的法治主张更关注时下霸主经验的总结，主张“以力服人”，被称为“霸道”。令人深思的是，在春秋战国时期，儒家的王道与法家的霸道在实践中竟然都能取得“天下大治”的成效。翻阅司马迁的《史记》，我们可以看到这样的记载：

“定公十四年（公元前496年），孔子年五十六，由大司寇行摄相事。”“与闻国政三月，粥羔豚者弗饰贾；男女行者别于途；途不拾遗；四方之客至乎邑者不求有司，皆予之以归。”<sup>42</sup>在鲁国实行王道的孔子为政仅三个月，便大获成功。距离孔子成功治鲁约一百多年后，公元前356年，著名的法家人物商鞅在秦国的霸道也获得同样的成功。对法家一向没有好感的司马迁，秉笔直书商鞅之法在秦国“行之十年，秦民大说（悦），道不拾遗，山无盗贼，家给人足。”<sup>43</sup>这种不同的治理方式达到相同治理目的的现象，自汉以来就为政治家、思想家、史学家所关注，也为“王霸并用”提供了历史依据。司马谈在总结战国诸子的治国之道时，对儒法两家的短长进行了评价，结论是两者皆有“弗能易”或“弗能改”之处：“儒者以六艺为法，六艺经传以千万数，累世不能通其学，当年不能究其礼，故曰‘博而

36 参见《孟子·公孙丑》。

37 《论语·学而》。

38 《孟子·离娄》。

39 参见《荀子·性恶》。

40 《韩非子·显学》。

41 《商君书·错法》。

42 《史记·孔子世家》。

43 《史记·商君传》。

寡要，劳而少功。’若夫列君臣父子之礼，序夫妇长幼之别，虽百家弗能易也”。“法家不别亲疏，不殊贵贱，则亲亲尊尊之恩绝矣。可以行一时之计，而不可常用也，故曰‘严而少恩’。若遵主卑臣，明分职不得相逾越，虽百家弗能改也。”<sup>44</sup>

正是认识到了人性的复杂，汉儒才更为智慧地提出了“王霸并用”和“德主刑辅”。

### 3. 德主刑辅

德主刑辅是“明德慎罚”思想的继承，也是“王霸并用”政治思想在法律上的反映。其理论基础应该是汉儒对先秦儒法关于人性论述的融合，即“性三品”之说。

董仲舒认为“人受命于天，有善善、恶恶之性。”<sup>45</sup>“天有阴阳，人有善恶。”在此，董仲舒综合了先秦思想家有关“人性”的学说，认为人性的善恶不能一概而论，而是因人而异。根据人性中善恶的多少，人可分为三品，即“圣人之性”：不经教化便可从善，并劝导天下人向善之人，这种人是极少数。“中民之性”：身兼善恶两性，经教化可为善者，此种人为大多数。“斗筭之性”：即恶性根深蒂固，冥顽不化，须以刑罚威吓方可收敛者，此种人为少数。这便是“性三品”之说。董仲舒认为：有“斗筭之性”，故刑不可废；“中民之性”为大多数，故应以教为主；而兴教行罚的权力掌握在有“圣人之性”的君师手中。汉儒的“人性论”颇具说服力地阐释了“大德小刑”、“先德后刑”、“德多刑少”，即“德主刑辅”的必要性。其较之于先秦的法家更具理想，强调制度必须导人向善，而不是“以力服人”。较之于先秦儒家，其更具有现实价值，因为可以教化的大多数人也生而具有“恶性”，更重要的是世上有着少数“性恶”之人，尽管教化对于德的维系、弘扬非常重要，但刑罚对于性恶之人也不可或缺，犹如阴阳缺一不可，“阳者，天之德也；阴者，天之刑也。”<sup>46</sup>无论是从体现天意的阴阳变化上说，还是从顺人之

性的治理上说，刑的废弃都是不可能的。

由此，我们可以看到，德主刑辅为法之善恶确立了标准——社会公认的善恶观，道德价值观。制定并执行与道德相辅相成的善法，正是中华法系所竭力追求的目的。法对“善”的追求，不仅有效地控制了社会民众的言行，更为重要的是它也有效地制约了帝王的言行与权力。因为人们可以根据社会广泛认可的“德”之标准来评价帝王的贤明与昏暴。同时，这种善恶观，也赋予了普通民众与王公贵戚同样的“生命意义”——在道德的实践和人格的自我完善方面——人是平等的。

德主刑辅还赋予了中华法系制度上的特色，即在“惩恶”的同时，格外强调法的“扬善”作用，如同中医讲求的“扶正驱邪”。比如以弘扬人之善性，促使人们自省、自律，远离犯罪并谨慎诉讼的“旌表”制度自汉以来，一直到清，王朝虽有更迭，但这一以表彰道德楷模为内容的制度却始终得以延续。旌表的最高规格是即使普通百姓也能青史留名，如正史中的《孝友》、《卓行》、《忠义》、《游侠》等“传”，便是这些草民楷模事迹的记载。

其实，如果不带偏见地分析，这种将道德置于了举足轻重地位的法系与思想，固然有一些与现代“法治”不符之处，比如，其造成社会的压抑和虚伪，近代以来我们对此曾有过很多的担忧和批评。但是，当我们从容、客观面对传统，分析其成因与发展时，我们也会感到，对道德的珍视，对法律与道德协调性的追求，与现代的法治精神也并不是格格不入。我们抱怨古人的礼法融合、德主刑辅致使中国失去了法治的传统，但我们同时也会发现，中国古人的选择除了历史发展阶段所决定的那种合理的局限性外，其实充满了智慧。这是因为，道德与法律的相为表里，对善法的渴望，对法律制度背后精神的推崇，应该不仅仅中国古人的选择，也应该是今人理解法律、遵循法律，形成真正“法治”意识的最佳选择。■

44 《史记·太史公自序》。

45 《春秋繁露·基义》。

46 《春秋繁露·王道通三》。